

VU Research Portal

Constitutionele rechtspraak in het hart van de democratie. Recensie van: Ella van Dommelen (2003), Constitutionele rechtspraak in rechtsfilosofisch perspectief. Dissertatie UvA

Veraart, W.J.

published in

Krisis

2004

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Veraart, W. J. (2004). Constitutionele rechtspraak in het hart van de democratie. Recensie van: Ella van Dommelen (2003), Constitutionele rechtspraak in rechtsfilosofisch perspectief. Dissertatie UvA. *Krisis*, (4), 83-87.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Constitutionele rechtspraak in het hart van de democratie

Recensie van: Ella van Dommelen (2003) *Constitutionele rechtspraak vanuit rechtsfilosofisch perspectief*. Dissertatie Universiteit van Amsterdam, Boom Juridische Uitgevers, 242 pagina's

Wat is constitutionele rechtspraak? Is er plaats voor constitutionele rechtspraak in een democratie? En zo ja, in welke vorm? Rechtsfilosofe Ella van Dommelen verbindt deze vragen in een vorig jaar verschenen proefschrift met het probleem van de legitimiteit van deze rechterlijke activiteit. Eén van haar voornaamste conclusies is dat de vraag naar de legitimiteit van constitutionele rechtspraak niet losgemaakt kan en mag worden van de wijze waarop zij institutioneel is vormgegeven.

Binnen de *trias politica*, de traditionele machtscheiding tussen de wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht is er altijd beweging en onrust. Achter een klassieke façade die evenwicht en betrouwbaarheid moet uitdrukken, gaat een al eeuwen durende, gecontroleerde strijd om de macht schuil. In die strijd heeft de van oudsher hoogste, meest respectabele en meest legitieme, want democratisch gekozen wetgever voortdurend terrein moeten prijsgeven aan de twee onderliggende machten, de uitvoerende en de rechtsprekende macht die van de weeromstuit

steeds omvangrijker en arroganter zijn geworden. In het tijdperk na 9/11 hebben deze tendensen zich voortgezet. De strijd tussen de machten in de Verenigde Staten met als brandpunt de detainees van Guantánamo en in mindere mate de martelpraktijken in Abu Ghraib, lijkt vooral een strijd tussen de executive (de regering-Bush) en de adjudicative (in het bijzonder het Supreme Court) te zijn, al moet worden gezegd dat de lawmakers uit Senaat en Congres met de verkiezingen op komst weer aan invloed lijken te winnen. Niettemin is een democratisch Amerika zonder het bestaan van een gerespecteerd en machtig constitutioneel hof nauwelijks voor te stellen.

Tegen deze achtergrond doet een onderzoek naar de legitimiteit van constitutionele rechtspraak – een moeilijk onderwerp omdat rechters vrijwel nooit direct worden gekozen maar benoemd en dus geen directe democratische legitimiteit bezitten – weldadig actueel aan. De kernvraag kan – simpel gesteld – als volgt worden omschreven: onder welke

omstandigheden is het gerechtvaardigd dat rechters over de mogelijkheid beschikken om hele wetten buiten werking te stellen omdat zij naar hun oordeel in strijd met de grondwet zijn? Gaan zij in dat geval niet te veel op de stoel van de wetgever zitten? Het onderzoek van Van Dommelen beperkt zich tot de kwestie van constitutionele toetsing van 'formele wetgeving': de rechterlijke bevoegdheid om wetten die afkomstig zijn van de formele wetgever – de regering en het parlement – te toetsen aan de grondwet. Daarbij kijkt zij uitsluitend naar de toetsing aan klassieke grondrechten die ook wel als politieke rechten en als vrijheidsrechten bekend staan: denk bijvoorbeeld aan het actief en passief kiesrecht, het discriminatieverbod, de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van meningsuiting.

Wat Van Dommelen's onderzoek ook in de Nederlandse context actueel maakt is dat er in ons land nog steeds een grondwettelijk toetsingsverbod bestaat. Dit in tegenstelling tot de meeste democratieën in de wereld die, op uiteenlopende wijze, wel in constitutionele toetsing voorzien. Nog recentelijk heeft het parlementslid Femke Halsema een initiatiefwetsvoorstel ingediend om grondwettelijke toetsing van formele wetten ook in Nederland mogelijk te maken. Echt belangrijk is deze politieke kwestie echter niet, omdat de Nederlandse rechter al decennia over de mogelijkheid beschikt om formele wetgeving te toetsen aan 'een ieder verbindende bepalingen' uit internationale verdragen, waaronder, meest prominent, de klassieke mensenrechtenbepalingen uit de Europese Conventie ter

Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (Rome, 1950). Langs die omweg kan de Nederlandse rechter formele wetten dus toch toetsen aan fundamentele rechten.

Van Dommelen, die haar onderzoek nadrukkelijk 'in rechtsfilosofisch perspectief' plaatst, waakt er echter voor direct aan te knopen bij de Nederlandse, Amerikaanse of een andere actualiteit. In plaats daarvan neemt zij haar vertrekpunt in een viertal hedendaagse rechtsfilosofische posities. Op zoek naar een eigen visie op de legitimiteit van constitutionele rechtspraak in 'een' moderne democratie, gaat zij eerst na hoe die legitimiteit vanuit die vier (elkaar grotendeels uitsluitende) posities moet worden gedacht. In vier opeenvolgende hoofdstukken worden de normatieve theorieën besproken van respectievelijk Ingeborg Maus, John Hart Ely en Jürgen Habermas, Ronald Dworkin en Roberto Mangabeira Unger. In de sterk wetspositivistisch gekleurde theorie van Maus is voor constitutionele toetsing geen plaats omdat in een democratie waarin de soevereiniteit bij het volk ligt, het politieke primaat bij de wetgever en in geen geval bij de rechter hoort te liggen. De rechter is in deze visie slechts een knechtje van de wetgever dat zich bezighoudt met de strikte toepassing van de –onschendbaar geachte – wet. Ely en Habermas zien wel een rol weggelegd voor constitutionele toetsing die, weinig verbazingwekkend, sterk proceduralistisch van aard is. De constitutionele rechter moet de kwaliteit van het democratische proces bewaken en mag pas in het geweer komen als dat proces, bijvoorbeeld bij de totstandkoming van

regelgeving, niet naar behoren heeft gefunctioneerd. Volgens Dworkin moet de constitutionele rechter juist een inhoudelijke toets aanleggen: hij moet beoordelen of wetgeving in overeenstemming kan worden geacht met aan de constitutie ten grondslag liggende waarden en beginselen. Het meest abstracte beginsel waaraan de rechter bij Dworkin moet toetsen is het beginsel van *equal concern and respect*. Unger, ten slotte, is iemand die elk onderscheid tussen recht en politiek ontkent en in het verlengde daarvan in de rechter een bijzondere politieke actor ziet. De rechter-politicus heeft bij Unger een bij uitstek creatieve taak: hij moet, in de woorden van Van Dommelen (113), 'bijdragen aan het uitdenken en vormgeven van alternatieve institutionele mogelijkheden', met als doel 'de ondermijning van alle vormen van sociale opdeling en hiërarchieën' (sic).

Van Dommelen gebruikt naar mijn smaak iets te veel bladzijden om bovenstaande posities neer te zetten: het leeuwendeel van haar proefschrift is ermee gemoeid. Het is immers interessanter om te weten hoe zij zelf denkt over de legitimiteit van constitutionele rechtspraak. Kort en goed wijst zij de negatieve houding van Maus van de hand, evenals het proceduralisme van Ely en Habermas. Ook Dworkin moet het bij Van Dommelen ontgelden, omdat hij te veel vanuit abstracte waarden redeneert en te weinig vanuit de wijze waarop die waarden feitelijk zijn gerealiseerd in bestaande instituties en praktijken. Unger krijgt van haar het verwijt dat zijn originele, utopisch aandoende

gedachten over de 'destabiliserende' aard van recht en 'analoge' rechtsvinding te ver verwijderd blijven van de constitutionele rechtspraak van bijvoorbeeld, om bij de 'gevalstudie' te blijven die Van Dommelen in haar proefschrift onderneemt, het Duitse *Bundesverfassungsgericht*.

Toch is het het activistische denken van Unger, en van de met hem verwante gematigde variant van de Amerikaanse *Critical Legal Studies-movement* (beter bekend als CLS), dat bij Van Dommelen op de meeste sympathie kan rekenen. Van Unger neemt zij de radicale stelling over dat recht en politiek, althans op het terrein van constitutionele rechtspraak, niet van elkaar kunnen worden gescheiden. Uit dezelfde hoek komt haar opvatting dat (in tegenstelling tot wat Habermas denkt) procedurele en inhoudelijke kwesties in het rechterlijke beslissingsproces niet van elkaar kunnen worden gescheiden. En ook één van haar voornaamste conclusies is op het werk van Unger geïnspireerd: dat de vraag naar de legitimiteit van constitutionele rechtspraak steriel blijft als zij wordt losgemaakt van de wijze waarop die activiteit institutioneel is vormgegeven.

Vervolgens ontstaat er een probleem. Want de wijze waarop constitutionele rechtspraak in hedendaagse democratieën is geïnstitutionaliseerd loopt sterk uiteen: Van Dommelen geeft daarvan in haar eerste hoofdstuk vele voorbeelden. Er lijkt dus weinig algemeen te kunnen worden gezegd over de legitimiteit van constitutionele rechtspraak als de vraag naar de institutionele component (de 'institutionele demo-

cratische legitimiteit', aldus Van Dommelen) niet mag ontbreken. Toch ziet Van Dommelen een uitweg. 'Hoewel voor de vormgeving van constitutionele rechtspraak geen algemeen-geldige richtlijnen kunnen worden opgesteld', betoogt zij, 'kunnen er wel enkele noodzakelijke voorwaarden worden geformuleerd waaraan constitutionele rechtspraak moet voldoen om over democratische legitimiteit te beschikken' (189, mijn cursivering).

Wat zijn dat voor 'noodzakelijke voorwaarden' die Van Dommelen in gedachte heeft? Bijvoorbeeld dat 'de organisatie en bevoegdheden van het constitutionele hof in de grondwet moeten zijn vastgelegd' (196), ter garantie van een democratisch draagvlak. Maar tegelijkertijd geeft Van Dommelen toe dat aan dit vereiste in de Verenigde Staten niet voldaan is, omdat het Amerikaanse Supreme Court in de beroemde uitspraak *Marbury vs. Madison* uit 1803 zijn eigen rechtvaardiging voor constitutionele toetsing heeft gegeven, los van de Amerikaanse grondwetgever. Van Dommelen noemt dit arrest enerzijds een 'mijlpaal in de ontwikkeling van constitutionele rechtspraak' (14), maar als we haar moeten geloven is de legitimiteit van het Supreme Court er op zijn minst door verzwakt. Dat laatste is als stelling weinig overtuigend en wordt nog verder ondergraven wanneer Van Dommelen even later opmerkt dat de 'meeste grondwetgevende vergaderingen (...) niet erg democratisch (functioneren)' (196). Hoe moet het dan wel? Een referendum over grondwetsherzieningen die op constitutionele rechtspraak betrekking hebben kan de demo-

cratische institutionele legitimiteit vergroten, stelt ze. Maar let wel, 'kan', dus niet noodzakelijkerwijs. En ook de andere suggesties die Van Dommelen soms wat aarzelend naar voren brengt, kunnen bezwaarlijk als 'noodzakelijke voorwaarden' worden gekenschetst. Zoals haar opmerking dat de rechters een getrouwe afspiegeling van de samenleving moeten vormen. Of haar interessante pleidooi voor invoering van een aangepaste vorm van de in Canada bestaande *notwithstanding clause*, een regeling die de wetgever in staat stelt om bepaalde wetten aan constitutionele toetsing te onttrekken. Daarmee zou mogelijk een beter, want meer dynamisch evenwicht tussen de wetgevende en de rechterlijke macht worden bereikt en bovendien het publieke debat worden bevorderd (201-206).

Licht verontrustend zijn een paar andere suggesties die Van Dommelen doet om de legitimiteit van constitutionele rechtspraak te vergroten. Zo stelt zij dat '(w)anneer rechters in de hoogste rechtscolleges niet goed functioneren, (...) zij (...) voortijdig (moeten) kunnen worden afgezet. Dit draagt bij aan een vergroting van de personele democratische legitimiteit van constitutionele rechtspraak' (198). Met dit voorstel dat niet verder wordt uitgewerkt, zou echter de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in gevaar kunnen worden gebracht. Het vreemde is dat Van Dommelen dit wel degelijk beseft, omdat zij in dit verband opmerkt dat er 'een balans tussen het principe van rechterlijke onafhankelijkheid en het beginsel van democratische legitimiteit (moet) worden gevonden' (198, cursivering EvD).

Kennelijk meent Van Dommelen dat het mogelijk is om concessies te doen aan de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en tegelijkertijd de democratische legitimiteit van (al dan niet constitutionele) rechtspraak te vergroten, een opvatting die, letterlijk genomen, merkwaardig populistisch aandoet.

Eenzelfde probleem doet zich voor bij Van Dommelens definitie van 'inhoudelijke democratische legitimiteit', die naar haar mening moet worden bevorderd. Zij houdt in 'dat de beslissingen van ambtsdragers in inhoudelijk opzicht op de wil of de invloed van het volk moeten kunnen worden teruggevoerd' (199). Hoewel Van Dommelen wel lijkt in te zien dat rechters niet de speelbal van de massa zouden moeten zijn, pleit zij toch voor 'een openlijke democratische politisering van de rechtspraak' – geheel in lijn met haar ungeriaanse aanname dat de constitutionele rechter toch vooral een politieke actor is. Omdat zij dit helaas niet duidelijk toelicht of specificceert, kan ik de associatie met revolutionaire volkstribunalen niet helemaal uit mijn hoofd bannen. De vraag komt op of we constitutionele rechtspraak, als die door en door politiek zou zijn, wel überhaupt moeten willen.

Van Dommelen concludeert dat constitutionele rechtspraak pas legitiem is als zij, in dienst van de democratie, 'op de bevordering van een vrij en open menings- en wilsvormingsproces is

gericht' (206, 212). Alle suggesties die zij doet moeten uiteindelijk bijdragen aan versterking en verlevendiging van het democratische spel. Zij gaat zelfs zover te beweren dat constitutionele rechters zich vooral op 'de bescherming van politieke communicatierechten' zouden moeten richten, zoals 'vrijheid van meningsuiting, persvrijheid of omroepvrijheid' (200). Deze rechten zouden fundamenteeler zijn dan andere vrijheidsrechten, omdat ze volgens Van Dommelen niet alleen voor het individu, maar ook voor het democratische proces onmisbaar zijn. Ik kan haar in deze zienswijze niet volgen.

Onduidelijk blijft waarom bijvoorbeeld de omroepvrijheid voor de instandhouding van de democratie 'fundamenteeler' zou zijn dan bijvoorbeeld de vrijheid van godsdienst, het discriminatieverbod of het recht op een eerlijk proces. Zou het, het geheel overziende, niet vruchtbaarder zijn geweest als Van Dommelen de constitutionele rechter als een 'luis in de pels' van het democratische proces geportretteerd had – als iemand die opkomt voor degenen die in de onstuiptigheid van dat proces vermalen dreigen te worden – in plaats van als de aanjager van dat proces?

Al met al heeft Van Dommelen een actueel en prikkelend boek geschreven dat de lezer dwingt om het legitimiteitsprobleem van constitutionele rechtspraak weer eens in allerlei richtingen te bedenken, zonder dat haar eigen aanzetten tot een beantwoording van dat vraagstuk mij erg bevredigend overkomen.